

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.425/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000281755-80
Impugnação: 40.010138649-04
Impugnante: Hypermarcas S/A
IE: 702998661.05-33
Proc. S. Passivo: Beatriz Nadler Laredo
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO. Constatado o recolhimento a menor de ICMS/ST, em virtude da utilização incorreta da base de cálculo, relativo às operações subsequentes com mercadorias constantes dos itens 15, 24 e 43 (redação vigente à época da autuação) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Imposto devido no momento da entrada em território mineiro, em razão das mercadorias estarem sujeitas à substituição tributária interna nos termos dos arts. 14 e 46, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Base de cálculo apurada pela Autuada sem observância da regra estabelecida no art. 19, § 2º, inciso I do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que as mercadorias foram remetidas por estabelecimento de mesma titularidade estabelecido em Goiás. No cálculo do ICMS/ST devido, apurado pela Fiscalização, o crédito correspondente à entrada de mercadoria remetida ao estabelecimento da Autuada, em atendimento à Lei Complementar nº 24/75 e a Resolução nº 3.166/01, foi admitido na mesma proporção em que o imposto foi efetivamente recolhido ao estado de Goiás, unidade da Federação onde se localiza a empresa remetente das mercadorias. Crédito tributário retificado pela Fiscalização após análise dos argumentos apresentados pela Impugnante. Corretas as exigências remanescentes, constituídas pelas diferenças de ICMS/ST apuradas, acrescidas da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor do ICMS/ST no período de novembro de 2012 a maio de 2013, em virtude de composição da base de cálculo do ICMS/ST em desacordo com a legislação tributária, tendo em vista a inobservância da determinação contida no art. 19, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que as mercadorias foram remetidas por estabelecimento de mesma titularidade da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS/ST e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As mercadorias relacionadas no Auto de Infração estavam enquadradas, no período autuado, nos itens 15 (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), 24 (cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador) e 43 (produtos alimentícios) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por sua procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 19/68.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 159/162.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 166/191.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 210/230.

A Assessoria do CC/MG, às fls. 262, determina o retorno dos autos à origem para concessão de abertura de vista à Autuada, em razão da juntada de documentos promovida pela Fiscalização às fls. 231/259.

A Impugnante manifesta-se às fls. 274/305.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 329.

A Assessoria do CC/MG (fls. 335/351) opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 159/163.

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 352, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 354/360.

A Assessoria do CC/MG, às fls. 362/363, exara despacho interlocutório, sobre o qual a Autuada manifesta-se às fls. 367/368.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 377/379 e anexa os documentos de fls. 380/397.

A Assessoria do CC/MG, em diligência de fls. 399, decide retornar os autos à origem para concessão de abertura de vista à Impugnante dos documentos juntados pela Fiscalização às fls. 380/397.

A Impugnante manifesta-se às fls. 402/411.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 456/462.

A Assessoria do CC/MG ratifica seu entendimento anterior (fls. 464/471).

Em sessão realizada em 03/05/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 10/05/17. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações.

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, arguindo a nulidade quanto ao procedimento administrativo, nulidade da autuação baseada em presunção e nulidade de liquidez e certeza.

Da Nulidade Quanto ao Procedimento Administrativo

A Impugnante alega a falta de Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF) e a utilização de dados alheios à fiscalização.

Argumenta que o Auto de Infração está embasado na “Ordem de Serviço nº 08.150001128.36, da qual a Impugnante jamais foi intimada de sua existência no decorrer do processo fiscalizatório. Ou seja, segundo a Impugnante, ela foi fiscalizada sem contudo, ter ciência da respectiva fiscalização. Informa que o documento foi enviado a ela em 13/08/15 e foi recebido em 17/08/15, ou seja, 19 dias após a lavratura do Auto de Infração (AI).

Diz, ainda, que a legislação mineira *determina que a relação dos agentes fiscais com o contribuinte deve ser transparente e formal, sendo fundamental para o início da fiscalização a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e, mesmo após a lavratura do AI, referido documento não foi apresentado pela autoridade fiscal.*

A Fiscalização informa que a Ordem de Serviço nº 08.150001128-36 (fls. 201) foi emitida em 08/04/15 e, como alegado pela Impugnante, postada em 13/08/15 e recebida em 17/08/15 (fls. 202/204).

Assim dispõe o inciso VI do art. 4º da Lei nº 13.515, de 07 de abril de 2000, que contém o Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais:

Art. 4 - São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, dispensada essa nos casos de controle de trânsito de mercadorias, flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive;

(...)

Ou seja, a mencionada Ordem de Serviço só não foi exibida antes da lavratura do Auto de Infração à Autuada porque esta não a requereu. Assim que a Fiscalização recebeu a solicitação, via telefone, a encaminhou ao estabelecimento. Esse raciocínio está contido no Acórdão nº 3.518/10/CE do CC/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que o número da mencionada Ordem de Serviço consta tanto no AIAF (fls. 02) quanto no AI (fls.06).

Quanto à alegação de falta de lavratura e apresentação do AIAF, verifica-se que ele encontra-se às fls. 02 do PTA, tendo sido recebido pela empresa em 22/04/15, conforme comprovado por meio de cópia do Aviso de Recebimento (fls. 03). Em data, portanto, anterior à emissão do AI, que se deu em 23/06/15, conforme fls. 08.

Relativamente à alegação da Impugnante de que houve a utilização de dados alheios à fiscalização, há que se ressaltar que, realmente, no documento de solicitação (fls. 04), de 05/02/14, não existe nem o número da Ordem de Serviço nem o número do AIAF.

Informação da Fiscalização dá conta de que a Ordem de Serviço que deu suporte a tal solicitação foi a de nº 08.140.000.037-85, emitida em 02/01/14, conforme Ordem de Serviço e Consulta Dados Gerais da Ordem de Serviço (fls. 232/233).

Tal Ordem de Serviço, portanto, foi emitida em data anterior à solicitação fiscal constante às fls. 04.

Quanto ao fato de o AIAF não ter sido lavrado quando da solicitação dos documentos, o Acórdão nº 3.318/08/CE do CC/MG resolve a questão:

EM VERDADE, CONCLUI-SE DOS AUTOS QUE O AIAF REALMENTE NÃO FOI LAVRADO QUANDO DA SOLICITAÇÃO INICIAL DOS DOCUMENTOS FISCAIS.

VERIFICA-SE QUE O AIAF É UM INSTRUMENTO UTILIZADO NAS AÇÕES FISCAIS PARA DOCUMENTAR O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL, REQUISITAR LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS DO CONTRIBUINTE, INDICANDO O PERÍODO E O OBJETO DA FISCALIZAÇÃO, EXCLUINDO A POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA DA INFRAÇÃO RELACIONADA AOS CITADOS PERÍODO E OBJETO.

NO CASO EM TELA, OBSERVA-SE QUE O PROCEDIMENTO FISCAL INICIOU-SE A PARTIR DO “TERMO DE INTIMAÇÃO” (...).

NESSE SENTIDO, EM QUE PESE NÃO TER SIDO EMITIDO, A PRIORI, O COMPETENTE AIAF, O PROCEDIMENTO LEVADO A EFEITO PELO FISCO ALÉM DE NÃO TER CAUSADO NENHUM PREJUÍZO AO CONTRIBUINTE, POSSIBILITOU AO MESMO O CONHECIMENTO E A REGULARIZAÇÃO DAS INFRINGÊNCIAS À LEGISLAÇÃO SEM QUALQUER APLICAÇÃO DE PENALIDADES.

ESSE PROCEDIMENTO SUPRIU INTEGRALMENTE A ESSÊNCIA DO AIAF, UMA VEZ QUE, ANTES DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, ATRAVÉS DE AUTO DE INFRAÇÃO, INFORMOU-SE AO CONTRIBUINTE O OBJETO, O PERÍODO E, DE QUEBRA, A EXTENSÃO DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS,

CONCEDENDO-SE AO MESMO PRAZO PARA RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SEM AS PENALIDADES ADVINDAS DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

PELO HISTÓRICO, NENHUM PREJUÍZO PROCESSUAL FOI CAUSADO AO SUJEITO PASSIVO. MUITO ANTES PELO CONTRÁRIO, UMA VEZ QUE AO MESMO FOI CONCEDIDA A OPORTUNIDADE DE SE LIVRAR DAS MULTAS PERTINENTES AO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO, ADIMPLINDO A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

DESSA FORMA, DE TODO O ACIMA EXPOSTO, VERIFICA-SE NÃO CABER QUALQUER ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO LANÇAMENTO ORA EM COMENTO.

Frisa-se, ainda, que, ao contrário do que afirma a Impugnante, a mencionada solicitação não foi enviada diretamente ao remetente estabelecido no estado de Goiás, e sim, ao estabelecimento destinatário situado em Contagem/MG, como se verifica pela sua simples leitura.

Da Nulidade da Autuação Baseada em Presunção

Quanto ao ônus de prova da utilização ou não do benefício fiscal, previsto na legislação do estado de Goiás, ser do Fisco, o Acórdão nº 20.776/15/2º do CC/MG, elucida completamente a questão:

COMO OS BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS AOS REMETENTES DAS MERCADORIAS CONSTAM EM NORMAS EMANADAS E PUBLICADAS PELOS ESTADOS ONDE ESTÃO LOCALIZADAS, A PRESUNÇÃO LÓGICA É DE QUE ESTES TENHAM SIDO APROVEITADOS PELAS EMITENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS RELATIVOS AOS QUAIS O CRÉDITO ESTÁ SENDO ESTORNADO.

ADEMAIS, NO CASO DOS AUTOS, A IMPUGNANTE PODERIA DESCONSTITUIR ESTA PRESUNÇÃO COM PROVAS DE QUE AS REMETENTES NÃO SÃO BENEFICIADAS COM INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DO IMPOSTO, PAUTADOS NA RESOLUÇÃO Nº.3.166/01, MAS TAL PROVA NÃO VEIO AOS AUTOS.

SE O ESTADO DE MINAS GERAIS NÃO RECONHECEU ATRAVÉS DE UM CONVÊNIO OS ATOS NORMATIVOS QUE CONCEDERAM OS BENEFÍCIOS FISCAIS PELOS ESTADOS DE ORIGEM DOS REMETENTES DAS MERCADORIAS, ELE NÃO ESTÁ OBRIGADO A SUPORTAR O ÔNUS DE COMPENSAR O CRÉDITO DO IMPOSTO ADVINDO DESSAS CONCESSÕES.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Com efeito, poderia a Autuada ilidir a acusação fiscal por meio de anexação aos autos, de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que a remetente da mercadoria (estabelecimento de mesmo titular) não utilizou os benefícios questionados, como, por exemplo, cópia dos livros Registros de Saídas,

Registro de Apuração do ICMS, da declaração mensal da apuração e informação do imposto e dos comprovantes dos respectivos pagamentos.

Porém, não o fez em nenhuma das três vezes em que teve a oportunidade de se manifestar nos autos, ao longo de 228 (duzentos e vinte e oito) dias decorridos entre a ciência do AI (30/07/15) e o encerramento do prazo quando se deu abertura de vista e a Autuada apresentou sua última Impugnação (14/03/16).

Ressalta-se que a declaração emitida pelo estabelecimento Hypermarchas (CNPJ nº 02.932.074/0042-60), situado no estado de Goiás, constante às fls. 124, por sua vez, não faz prova de que a mesma leva à apuração do imposto os valores destacados em notas fiscais de sua emissão.

Da Nulidade de Liquidez e Certeza

Quanto à alegação da Impugnante de não inclusão, no levantamento fiscal, das operações registradas com Código Fiscal de Operação (CFOP) 5.949 e 6.949 – “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, bem como operações de devolução – CFOP 5.202, para fins de cálculo do preço médio, há que se ressaltar que o preceito normativo fala em “preço médio”, termo que se refere a valores monetários. Portanto, correto foi o procedimento da Fiscalização em excluir tais operações do cálculo do preço médio, uma vez que essas não representam um ingresso de numerário, não se referem à atividade operacional do estabelecimento.

Em relação ao argumento de que, no levantamento fiscal, não houve a harmonização dos preços praticados, ou seja, não houve a equalização das operações de saída em função das diversas alíquotas de ICMS incidentes e/ou desconsideração de aspectos comerciais que impactam significativamente na formação de preço, tais como despesas com frete, deve-se observar o que dispunha a legislação à época dos fatos geradores:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

“I - em relação às operações subseqüentes:

(...)

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

(...)

§ 2º - Na hipótese do item 3 da alínea "b" do inciso I do caput deste artigo:

I - em se tratando de operação interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular, em substituição ao preço praticado pelo remetente na operação, será adotado o preço médio praticado pelo remetente nas operações com terceiros nos 3(três) meses anteriores àquele em que ocorrer a transferência e, na falta deste preço, o preço corrente da mercadoria na praça do responsável;

(...)

Da leitura do dispositivo, percebe-se que em nenhum momento se fez alusão a que fossem levadas em conta, as alíquotas de tais operações ou o valor do frete para determinação do preço médio. Se essa fosse a intenção do legislador, ele o teria feito expressamente, como o fez nos casos apontados pela Impugnante.

No tocante à alegação de não inclusão das operações de devolução realizadas pelos clientes do estabelecimento da Hypermarchas em Goiás, para fins de cálculo do preço médio, frise-se que, do mesmo modo como explicitado anteriormente, se a intenção do legislador fosse desconsiderar, para efeito da apuração do preço médio, as operações de saída em que ocorreram devoluções, ele o teria feito expressamente, o que não foi o caso.

A Impugnante entende que o correto seria subtrair os valores das mercadorias concedidas a título de bonificação do montante total e não apenas "zerar" como fez a Fiscalização, para fins de cálculo do preço médio.

Entretanto, caso se adotasse o raciocínio exposto pela Impugnante, em uma venda de 05 (cinco) unidades a R\$ 10,00 (dez reais) cada, dando em bonificação mais 05 unidades deste mesmo produto, o preço médio seria zero, sendo que ingressaram R\$ 50,00 (cinquenta reais) no estabelecimento.

No caso, conforme correto raciocínio adotado no Termo de Rerratificação, as fls. 159/163, diante de 10 unidades saídas do estabelecimento e o ingresso de R\$ 50,00, tem-se o preço médio de R\$ 5,00.

Desta forma, reduz-se o preço médio praticado, como deseja a Impugnante.

Esse, aliás, é o entendimento esposado na farta jurisprudência trazida pela própria Impugnante aos autos.

A diligência solicitada pela Impugnante, para que sejam corrigidos os cálculos relativos ao crédito tributário, não é necessária, uma vez que os cálculos estão corretos e claramente demonstrados nas planilhas anexadas pela Fiscalização aos autos.

Portanto, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de novembro de 2012 a maio de 2013, em virtude de composição da base de cálculo do ICMS/ST em desacordo com a legislação tributária, tendo em vista a inobservância da determinação contida no art. 19, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que as mercadorias foram remetidas por estabelecimento de mesma titularidade da Impugnante.

Exige-se ICMS/ST e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As mercadorias relacionadas no Auto de Infração (AI) estavam enquadradas, no período autuado, nos itens 15 (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), 24 (cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador) e 43 (produtos alimentícios) da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Esclareça-se que a irregularidade foi apurada com base em informações fornecidas pela Autuada por meio de mídia eletrônica (Anexo 1 – fls. 14), contendo os preços praticados pelo estabelecimento Hypermarchas S/A, CNPJ nº 02.932.074/0042-60, sediado no estado de Goiás, nas operações efetuadas com terceiros no período de agosto de 2012 a dezembro de 2013.

Baseada nessas informações, a Fiscalização calculou o “preço médio” e, com auxílio do programa “Auditor Eletrônico”, determinou o ICMS/ST devido e a diferença entre este e o recolhido pela Autuada. Tudo demonstrado nas planilhas “Preço Médio”, “Cálculo da ST” e “Recolhimento do ICMS ST” (Anexo 3 – fls. 17).

A Impugnante baseia sua defesa nos seguintes pontos:

- ofensa ao Princípio Constitucional da estrita legalidade, à Lei Complementar nº 87/96 e à lei estadual de Minas Gerais que instituiu o ICMS;
- inconstitucionalidade da Resolução nº 3.166/01.

De acordo com as normas legais, o responsável pelo imposto devido a título de substituição tributária ao estado de Minas Gerais, no caso dos autos, é o destinatário mineiro, ou seja, a Autuada, nos termos do art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Salienta-se que é o RICMS/02 que explicita o que se entende por “valor da operação” para fins de base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária e, posteriormente, o que se entende por “valor da operação” para fins de base de cálculo da substituição tributária quando se tratar de operação interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular.

A Lei nº 6.763/75 estabelece regra geral para determinação da base de cálculo do ICMS devido a título de substituição tributária, mas não trata especificamente de operações interestaduais de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, o que é feito apenas no RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A mencionada lei estabelece como uma das parcelas que compõe a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária o “valor da operação” sem, contudo, definir o alcance dessa expressão.

Já o decreto, define como regra geral, frise-se, o “valor da operação” como o preço praticado pelo remetente (ao substituir uma expressão pela outra), a saber:

Art.19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüente:

(...)

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo.

(...)

Entretanto, após estabelecer a regra, o próprio decreto determina a substituição do preço do remetente quando se tratar de operações interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme § 2º do inciso I do art. 19, já transcrito.

Quanto à revogação expressa do inciso I do § 2º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, realmente essa se deu pelo Decreto nº 46.643/14, mas esse próprio Decreto acrescentou o § 11 ao art. 19 visando tratar destas mesmas operações de transferência interestadual:

§ 11 - Na operação interestadual de transferência, entre estabelecimentos do mesmo titular, caso a operação não tenha sua base de cálculo estabelecida na alínea “a” ou nos itens 1 e 2 da alínea “b” do inciso I do caput, será observado o seguinte:

(...)

A alegação da Impugnante quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade do § 2º do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02 não é matéria passível de apreciação pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais a teor das limitações constantes no art. 182 da Lei nº 6.763/75:

Art.182 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do §2º do art. 146;

A Impugnante diz que a Fiscalização utilizou a Resolução nº 3.166/01 para limitar o crédito de ICMS destacado nas operações de transferência e que, por mera presunção, a incluiu como beneficiária do incentivo fiscal descrito no subitem 4.10 da referida resolução.

Afirma ser patente a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução nº 3.166/01 frente ao art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal/88 (CF/88) e aos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, por ferir o princípio da não cumulatividade.

Assevera, ainda, que a Resolução nº 3.166/01 *não pode se imiscuir arbitrariamente na competência legislativa do art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, que exige a presença de lei complementar para disciplinar créditos.*

Entende, também, que resolução não é o instrumento normativo adequado para restrição aos créditos de ICMS.

Porém, não tem razão a Impugnante nos argumentos apresentados.

Após as diligências fiscais determinadas pela Câmara de Julgamento e pela Assessoria do CC/MG, ficou por demais esclarecido que não houve na presente autuação a acusação de descumprimento, por parte do Sujeito Passivo, de inobservância das normas previstas na Resolução nº 3.166/01.

O trabalho fiscal limitou-se à apuração dos valores mensais de ICMS/ST recolhido a menor, subtraindo-se dos valores totais mensais de ICMS/ST devido, contidos nas planilhas “Cálculo da ST” (Anexo 3, fls. 163), os valores efetivamente recolhidos de ICMS/ST nos períodos em questão pelo Sujeito Passivo, contidos nas planilhas “Recolhimento do ICMS ST (Anexo 3, fls. 163).

A Assessoria do CC/MG, considerando que a Impugnante alegou que a Fiscalização presumiu que o estabelecimento de origem, localizado em Goiás, usufruía do benefício fiscal descrito no art. 11, inciso III, do Anexo IX do RICMS/GO, concedidos em desacordo com a Resolução nº 3.166/01, decidiu exarar Despacho Interlocutório para que a Autuada apresentasse provas de que o remetente das mercadorias, objeto da autuação ora analisada (estabelecimento de mesma titularidade da Impugnante), não utilizou os benefícios fiscais a que se refere o item 4.10 da Resolução nº 3.166/01.

Como exemplo, a Assessoria citou a cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas, da Declaração Mensal de Apuração e Informação do Imposto e dos comprovantes dos respectivos pagamentos, com “visto” da Fiscalização do estado de origem.

Solicitou, ainda, que fosse apresentado em meio magnético, planilha no formato *excell* com o demonstrativo dos cálculos do ICMS/ST relativos aos comprovantes de pagamento efetivados em março de 2013, contendo no mínimo os seguintes dados:

a – número da nota fiscal;

- b – descrição do item, quantidade, valor unitário e valor total e base de cálculo da operação própria;
- c – base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária;
- d – alíquota adotada para a operação interna;
- e – crédito utilizado relativo à operação própria do remetente;
- f – valor a recolher.

O período de apuração de março de 2013, foi escolhido para se ter uma amostragem da sistemática de apuração do imposto devido por substituição tributária, adotada pela Impugnante.

Em sua resposta a Impugnante alega que, *em vista do princípio da autonomia dos estabelecimentos estaduais, não possui acesso a livros, documentos ou informações acerca das apurações do ICMS de outros estabelecimentos.*

Desta forma, por se tratar de informações de estabelecimento localizado em outra unidade da Federação, cabe à Sefaz/MG, solicitar informações e dados que julgar necessário diretamente à Secretaria da Fazenda de Goiás.

Anexa aos autos CD-R (fls. 374) contendo o demonstrativo dos cálculos do ICMS/ST solicitado.

Verifica-se do demonstrativo dos cálculos do ICMS/ST, que o somatório da coluna “K” (Crédito Utilizado), no total de R\$ 860.485,47 (oitocentos e sessenta mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), representa 12% (doze por cento) da coluna “H” (Base de Cálculo ICMS – Operação Própria), cujo somatório é R\$ 7.170.708,53 (sete milhões, cento e setenta mil, setecentos e oito reais e cinquenta e três centavos).

Esses dados sugerem o descumprimento por parte da Impugnante, do preceito estabelecido no item 4.10 da Resolução nº 3.166/01.

Entretanto, a verificação do creditamento da operação própria, face a Resolução nº 3.166/01 na escrita fiscal da Autuada, não fez parte deste trabalho, uma vez que o objeto da auditoria fiscal, descrita no Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF não inclui tal atividade.

Frise-se, portanto, que a Fiscalização não verificou o crédito relativo à operação própria, apropriado pela Impugnante, ao calcular o imposto devido por substituição tributária das mercadorias objeto desta autuação.

Contudo, o quadro “BASE LEGAL/INFRINGÊNCIA” do Auto de Infração e o quadro “observação 1” das planilhas “Cálculo ST Reformulado”, elaborado mês a mês, constantes do DVD-R (fls. 163), fazem referência à Resolução nº 3.166/01.

Claro está que, embora não tenha autuado o crédito indevidamente apropriado pela Autuada, a Fiscalização, ao calcular o imposto devido, limitou o crédito admitido ao disposto na referida Resolução. A partir desse valor, apurou o valor recolhido a menor, cotejando o valor calculado com o efetivamente recolhido pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corretas, portanto, as exigências do ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 159/163, de acordo com o parecer da Assessoria do CC/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 10 de maio de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora